

Audience publique du 29 février 2016

Requête en sursis à exécution introduite
par la société à responsabilité limitée ...S.à r.l., ...
par rapport à une décision du directeur de l'administration des Contributions directes
en matière d'impôts sur le revenu

ORDONNANCE

Vu la requête inscrite sous le numéro 37535 du rôle et déposée le 18 février 2016 au greffe du tribunal administratif par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société à responsabilité limitée ...S.à r.l., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., établie et ayant son siège social à L-..., représentée par son organe de gestion actuellement en fonction, tendant à voir ordonner le sursis à exécution par rapport à une décision du directeur de l'administration des Contributions Directes du 14 janvier 2016, référencée sous le numéro de rôle C 21188, portant rejet de la réclamation introduite par la société préqualifiée à l'encontre du bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux 2006, du bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités 2006 et du bulletin de l'impôt commercial communal 2006, tous émis le 1^{er} juillet 2015, cette décision étant par ailleurs entreprise au fond par une requête en réformation sinon en annulation introduite le même jour, portant le numéro 37534 du rôle;

Vu l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ;

Vu la note de plaidoiries du 24 février 2016 de la partie étatique ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision déférée au juge du fond ;

Maître Alex PHAM, en remplacement Maître Marc KLEYR, et Monsieur le délégué du gouvernement Éric PRALONG entendus en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du mercredi 24 février 2016.

Il résulte des explications concordantes des parties qu'en date du 21 décembre 2006, la société... S.à r.l. (« ... ») procéda dans le cadre d'un « *redemption agreement* » (contrat de rachat) au rachat de 27.321.600 « *Convertible Preferred Equity Certificates* » (« CPEC »), détenus par une autre société, dénommée ... S.à r.l. (« ... »), pour un prix de 978.659.712 euros, soit pour une valeur de 35,82 euros par CPEC. Cette société ... racheta à son tour 27.373.000 CPEC, détenus par la société à responsabilité limitée ...S.à r.l., ci-après « la société ... », actuellement requérante, au prix de 973.657.610 euros. Cette opération se serait soldée par une perte comptable de 946.284.610 euros pour ..., de sorte à compenser la plus-value comptable sur les CPEC rachetés par D'un autre côté, la société requérante ... dégagera une plus-value de 946.284.610 euros de la vente de ses CPEC ; elle procéda ensuite

au rachat de 27.373.000 CPEC pour un prix de 973.657.610 euros, réalisant ainsi une perte comptable de 946.284.610 euros égale à la plus-value réalisée.

Finalement, en date du 6 février 2007, les CPEC restants furent cédés à un tiers, à savoir à la société ... S.p. A. au prix d'un euro par CPEC.

Cette opération de rachat aurait préalablement fait l'objet, suite à divers entretiens avec l'administration des Contributions directes, de décisions anticipatives datées du 16 juin 2005, du 11 janvier 2006, du 3 mai 2006, ainsi que du 7 mars 2007, concrétisées ensuite par l'émission le 25 mars 2009 de bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2006.

Le 11 mars 2015, le bureau d'imposition Sociétés 6 de l'administration des Contributions directes s'adressa la société ..., pour l'informer de son intention de revenir sur l'exercice fiscal 2006 sur base de faits nouveaux en soumettant le rachat des titres effectué en décembre 2006 à la retenue à la source au titre de dividendes cachés.

En date du 1^{er} juillet 2015, le bureau d'imposition Sociétés 6 émit dès lors sur base du paragraphe 222 (1) de la loi générale des impôts, communément appelée « Abgabenordnung », en abrégé « AO », des bulletins rectificatifs en matière d'impôt sur le revenu des collectivités, différant des bulletins précédemment émis en ce qu'ils traitent la charge comptable enregistrée par la société ... en raison du rachat de CPEC comme constituant une distribution cachée de dividendes. Sur base de ces bulletins rectificatifs, le bureau d'imposition compétent émit encore un bulletin rectificatif de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux 2006, exigeant de la société ... le paiement d'une retenue à la source de 20% sur le montant de cette prétendue distribution cachée de dividendes, soit 189.256.922.- euros, ainsi qu'un bulletin rectificatif en matière d'impôt commercial communal.

La société ... fit ensuite introduire en date du 14 juillet 2015 une réclamation à l'encontre des susdits bulletins d'imposition auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après « le directeur », et ce au motif que les conditions posées par la loi afin d'autoriser un bureau d'imposition à revenir sur une imposition coulée en force de chose administrée n'auraient pas été données. A titre subsidiaire, au cas où le directeur devait conclure à la régularité formelle des bulletins, la société ... fit valoir que le bureau d'imposition n'aurait pas démontré l'existence d'une distribution cachée de dividendes, et que celle-ci n'existerait pas dans les faits, de sorte que les bulletins d'imposition litigieux seraient à rapporter

Par décision directoriale du 14 janvier 2016, référencée sous le n° C21188, la prédite réclamation fut rejetée par le directeur pour les motifs suivants :

« Vu la requête introduite le 14 juillet 2015 par Me Marc Kleyr, au nom de la société à responsabilité limitée ... , L-..., pour réclamer contre les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités et les bulletins rectificatifs de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006, ainsi que contre le bulletin de la retenue d'impôt sur revenus de capitaux de l'année 2006, tous émis le 1^{er} juillet 2015 ;

Vu le dossier fiscal ;

Vu les §§ 228 et 301 de la loi générale des impôts (AO) ;

Considérant que les réclamations ont été introduites par qui de droit (§ 238 AO) dans les forme (§ 249 AC) et délai (§ 228 AO) de la loi; qu'elles sont partant recevables ;

Considérant que la réclamante fait grief au bureau d'imposition, d'une part, d'avoir émis des bulletins rectificatifs pour les besoins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal de l'année 2006 sur base du paragraphe 222 AO et, d'autre part, d'avoir admis une distribution cachée de bénéfices d'un montant de 946.284.610 euros en relation avec le prix de rachat de « CPECs » ;

Considérant qu'en vertu du § 243 AO, une réclamation régulièrement introduite déclenche d'office un réexamen intégral de la cause, sans égard aux conclusions et moyens de la réclamante, la loi d'impôt étant d'ordre public ;

qu'à cet égard, le contrôle de la légalité externe de l'acte doit précéder celui du bien-fondé ;

qu'en l'espèce la forme suivie par le bureau d'imposition ne prête pas à critique ;

Considérant que la réclamante a pour objet la prise de participations, sous quelque forme que ce soit, dans des sociétés luxembourgeoises et étrangères, l'acquisition par l'achat, la souscription ou de toute autre manière, ainsi que le transfert par vente, échange ou autre, d'actions, d'obligations, de reconnaissances de dettes, notes ou autres titres de quelque forme que ce soit, et la propriété, l'administration, le développement et la gestion de son portefeuille ;

Quant à la forme

Considérant que la réclamante critique d'avoir émis des bulletins rectificatifs sur base du paragraphe 222 alinéa 1^{er}, numéro 1 AO ;

Considérant qu'en vertu du § 222, alinéa 1^{er} AO un bulletin d'impôt ne peut être rectifié que dans la mesure où le bureau d'imposition a pris connaissance de faits ou de moyens de preuve nouveaux justifiant une augmentation de la cote d'impôt pour autant que l'impôt n'est pas atteint par la prescription, celle-ci voyant son délai prorogé de 5 à 10 ans, conformément à l'article 10 de la loi du 27 novembre 1933 concernant entre autres le recouvrement des contributions directes dans les cas visés justement par le § 222 AO ;

Considérant que la réclamante fait valoir que d'une part, il n'y aurait pas de fait nouveau et, d'autre part, qu'il n'y aurait pas de fait pertinent ;

que les conditions du § 222 alinéa 1 AO ne seraient pas remplies en raison du fait que le bureau d'imposition compétent aurait confirmé le traitement fiscal des « CPECs » dans le cadre de décisions anticipatives introduites par l'intermédiaire de ;

Considérant qu'en ce qui concerne plus particulièrement la notion de « neue Tatsache », terme contenu dans le n° 1 du § 222, alinéa 1^{er} AO, il importe de mettre en exergue que celle-ci englobe tout fait ou acte quelconque qui est susceptible de constituer isolément ou ensemble avec d'autres faits ou actes une base d'imposition de l'impôt en cause et dont le

bureau d'imposition compétent n'a eu connaissance qu'après l'émission du bulletin d'impôt initial sans que le contenu des déclarations antérieures du contribuable n'ait été de nature à donner lieu à des doutes raisonnables dans le chef du bureau d'imposition (Tribunal administratif 17 février 2005, n° 18011, 18012, 18013, 18014, 18015, 18016, 18017 et 18018 du rôle) ;

que l'administration est dès lors fondée à émettre des bulletins rectificatifs chaque fois que le contribuable a fourni, dans sa déclaration fiscale initiale, des indications inexactes, insuffisantes ou incomplètes par rapport à la nature de l'impôt (Conseil d'État, 23.12.1964, no 5684 du rôle) ;

Considérant que les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2006 ont été émis en date du 25 mars 2009 ;

Considérant que l'instruction au bureau d'imposition a révélé qu'au cours de l'année 2011 la réclamante, ainsi qu'une société dénommée « ... » et six personnes physiques ont été assignées en justice par les liquidateurs d'une société dénommée « ... s.c.a » afin de faire annuler l'opération de rachat de 27.321.600 instruments financiers appelés « Convertible Preferred Equity Certificates » et de faire rembourser le prix du rachat de 978.659.712 euros (jugement commercial XV n°1648/2015 du 23 décembre 2015) ;

Considérant que le bureau d'imposition est dès lors au plus tôt parvenu à prendre connaissance en 2011, i.e. plus de deux années après l'émission des bulletins d'impôts de l'année 2006 des faits que le prix de rachat de 978.659.712 euros dans le chef de ladite opération de rachat d'instruments financiers ne correspondrait pas à la réalité économique ; qu'il a donc valablement pu émettre des bulletins rectificatifs sur base du § 222 numéro 1 AO ;

Quant au fond

Considérant qu'il ressort du dossier fiscal de la réclamante que celle-ci a détenu en 2006 une participation de 100 % dans le capital social d'une société à responsabilité limitée résidente dénommée « ... » (ci-après ...) ;

Considérant qu'à son tour, la société « ... » a détenu en 2006 une participation de 100 % dans une société dénommée « ... s.c.a. » (ci-après ... 2) ;

Considérant qu'il est constant qu'à l'époque les bénéficiaires économiques de la structure « ... » étaient les fonds d'investissement ... (ci-après ...) et ... (ci-après ...) ;

Considérant qu'il résulte tant de la requête introductive que du dossier fiscal que la société « ... 2 » a procédé en date du 21 décembre 2006 au rachat de 27.321.600 instruments financiers appelés « Convertible Preferred Equity Certificates » (ci-après CPECs) à un prix total de 978.659.712 euros, soit un prix de 35,82 euros par titre ;

que la société « ... » a racheté ces instruments financiers de son associé, i.e. la société « ... 1 » ;

Considérant que ce rachat a enchaîné des rachats supplémentaires de la part de « ... 1 » auprès de la réclamante et de la part de la réclamante auprès des bénéficiaires économiques de la structure « ... », i.e. les fonds d'investissement ;

Considérant qu'il résulte des comptes annuels au 31 décembre 2006 que le compte de profits et pertes de la réclamante fait ressortir, d'une part, parmi les charges, une « perte sur remboursement CPECs » d'un montant de 946.284.610 euros et, d'autre part, parmi les produits, un montant de 946.284.610 euros relatif à un « remboursement sur CPECs ... » ;

Considérant qu'il ressort du dossier fiscal que le bureau d'imposition a admis une distribution cachée de bénéfices d'un montant de 946.284.610 euros soumise à la retenue d'impôt sur revenus de capitaux, soit 189.256.922 euros ;

Considérant en effet qu'en vertu d'un « redemption agreement » portant la date du 21 décembre 2006, la société « ... 2 » a racheté 27.321.600 CPECs sur un nombre total de 33.808.736 CPECs émis, à la société « ... 1 » à une valeur de rachat de 35,82 euros par CPEC de sorte que la société « ... 2 » a payé une somme totale de 978.659.712 euros à son associé commanditaire, la société « ... 1 » ;

Considérant que le même jour, la société « ... 1 » a racheté 27.373.000 CPECs à son associé, i.e. la réclamante, à une valeur de rachat de 35,57 euros par CPEC, soit un prix de rachat total de 973.657.610 euros ;

Considérant que la réclamante elle-même avait racheté lesdits instruments financiers; que ce rachat a généré une perte de 946.284.610 euros dans les comptes annuels de l'année 2006 ;

Considérant en outre qu'il est constant qu'en date du 6 février 2007, les 6.435.736 CPECs restants ont été cédés à la société « ... S.p.A » au prix d'un euro par instrument financier ;

Considérant qu'en matière fiscale, les sociétés membres d'un groupe doivent être considérées comme agissant entre elles sur un marché de pleine concurrence (normes OCDE) ;

qu'à l'époque du rachat, le prix de cession a donc dû être conforme suivant le principe de la pleine concurrence aux prix convenus dans des conditions similaires entre tiers ;

Considérant que l'article 164 L.I.R. confirme le principe de pleine concurrence dans son alinéa 3 : « Il y a distribution cachée de bénéfices notamment si un associé, sociétaire ou intéressé reçoit directement ou indirectement des avantages d'une société ou d'une association dont normalement il n'aurait pas bénéficié s'il n'avait pas eu cette qualité » ;

Considérant que la disposition de l'article 164 alinéa 3 L.I.R. est l'application du principe suivant lequel il y a lieu, pour les besoins du fisc, de restituer aux actes leur véritable caractère et doit partant s'interpréter en fonction de cette finalité (Conseil d'État du 13 janvier 1987, no 6690 du rôle; décision C 9679) ;

Considérant qu'il n'est pas clair pourquoi la valeur de l'instrument financier « CPEC » a pu diminuer en 47 jours de 35,82 euros à 1 euro ;

Considérant qu'un gestionnaire même moyennement diligent et consciencieux, tendant à assurer la rentabilité d'une exploitation commerciale, n'aurait pas racheté sur un marché de pleine concurrence 27.321.600 instruments financiers à un prix unitaire de 35,82 euros alors que 47 jours plus tard les instruments financiers restants du même type ont été cédés à des tiers pour un prix unitaire d'un euro ;

qu'un gestionnaire même moyennement diligent et consciencieux au sommet d'une structure de détention n'aurait en plus pas autorisé le refinancement du prix de rachat de presque un milliard d'euros par l'émission de dettes auquel la société « ... 2 » a dû recourir afin de pouvoir déboursier le prix de rachat de 978.659.712 euros à « ... 1 » ;

qu'il est en plus constant que les bénéficiaires économiques de la réclamante, i.e. les fonds d'investissements « ... » et « ... » se sont servis de la présente structure de détention afin de s'enrichir par l'intermédiaire de l'opération de rachat ;

que l'«administration peut supposer une diminution induite des bénéfices de l'entreprise si les circonstances la rendent probable, sans avoir à la justifier exactement. Il y a alors renversement de la charge de la preuve, le contribuable devant prouver qu'il n'y a pas diminution de bénéfice ou que celle-ci est économiquement justifiée, et non seulement motivée par des relations particulières entre deux entités liées» (jugement tribunal administratif du 9 juin 2008 n° 23324 du rôle, arrêt Cour administrative du 11 février 2009, n° 24642C du rôle) ;

Considérant que même si la réclamante fait valoir que lesdites opérations de rachat auraient fait l'objet de décisions anticipées et que la valeur de rachat aurait été connue du préposé, il n'en reste pas moins que la réclamante reste en défaut de fournir des preuves et explications concluantes quant à la diminution de valeur de 35,82 euros à 1 euro en 47 jours ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les moyens de la réclamante ne sont pas concluants ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 146 L.I.R., les distributions de bénéfices tant ouvertes que cachées, sont passibles de la retenue d'impôt sur revenus de capitaux ;

Considérant qu'aux termes de l'article 148 L.I.R., le taux de la retenue d'impôt applicable pour l'année 2006 est de 20, à moins que le débiteur des revenus prenne à sa charge l'impôt à retenir, ce qui, même en matière de distribution cachée de bénéfices, n'est jamais présumé ;

Considérant que le bulletin de la retenue d'impôt sur revenus de capitaux de l'année 2006 est dès lors également à confirmer ».

Par requête inscrite sous le numéro 37534 et déposée le 18 février 2016 au greffe du tribunal administratif, la société ... a fait introduire un recours tendant à la réformation sinon à l'annulation de la décision directoriale précitée et par requête déposée le même jour, inscrite

sous le numéro 37535 du rôle, elle a encore introduit un recours tendant à voir ordonner par le tribunal le sursis à exécution par rapport à la décision en question.

A l'appui de sa requête en obtention d'un sursis à exécution, la société ... soutient que l'affaire ne serait pas en état d'être plaidée et décidée à brève échéance, que l'exécution immédiate de la décision attaquée risquerait de lui causer un préjudice grave et irréparable et que ses moyens tels qu'invoqués à l'appui du recours au fond présenteraient un caractère de sérieux.

En ce qui concerne plus particulièrement l'allégation d'un préjudice grave et définitif, la société ... expose que si elle avait certes obtenu de la part du bureau d'imposition compétent un sursis à exécution sur base du paragraphe 251 AO, elle aurait cessé de bénéficier de cette mesure par le fait de la décision directoriale ayant tranché sa réclamation, de sorte que la retenue à la source d'un montant de 189.256.922 euros serait actuellement exigible. Or, l'exécution de cette dette d'impôts entraînerait sa mise en faillite, la société ... mettant en exergue qu'elle ne disposerait selon ses derniers comptes annuels, datés au 31 décembre 2014, que d'un actif total de 12.521.96 euros, et qu'elle n'aurait plus d'activité depuis la restructuration du groupe ... en 2009, de sorte qu'elle ne percevrait plus de revenus réguliers potentiels à l'avenir.

Or, sa situation de cessation des paiements et partant sa faillite irrémédiables en cas de recouvrement par l'administration des Contributions directes de la dette d'impôts en question seraient définitives, en ce sens que sa situation financière et sociale ne pourrait plus être rétablie, et ce même en cas de succès au fond.

La société ... considère encore que les moyens invoqués à l'appui du recours au fond seraient suffisamment sérieux pour justifier une mesure de sursis à exécution en attendant la solution du litige par les juges du fond.

A cet égard, elle conteste, en substance, l'existence de faits nouveaux au sens du paragraphe 222 AO, faits nouveaux constituant pourtant une condition nécessaire à l'émission de bulletins rectificatifs par le bureau d'imposition, et ce au motif que tant les assignations en justice de décembre 2011, tendant à l'annulation de l'opération de rachat de 27.321.600 CPEC, que les faits tels qu'invoqués par le directeur qui seraient parvenus à la connaissance du bureau d'imposition dans le cadre de cette action en justice et selon lesquels « *le prix de rachat de 978.659.712 euros dans le chef de ladite opération de rachat ne correspondrait pas à la réalité économique* », ne correspondraient pas aux exigences du paragraphe 222 AO.

La société ... conclut ensuite à l'absence de distribution cachée de bénéfices sur base de la jurisprudence luxembourgeoise en la matière, et ce au motif que les conditions pour un renversement de la charge de la preuve au détriment du contribuable ne seraient pas remplies en l'espèce. Elle relève à cet égard que l'administration des Contributions directes ne lui aurait jamais demandé de renseignements, de sorte que le directeur ne saurait invoquer un manque de collaboration du contribuable pour justifier le renversement de la charge de la preuve appliqué. Elle affirme encore que les éléments invoqués par le directeur auraient été connus de son administration à l'époque de l'émission des bulletins initiaux, de sorte à ne pas constituer un faisceau d'indices laissant supposer une distribution cachée de bénéfices de sorte à justifier un renversement de la charge de la preuve, la société ... à ce sujet exposant qu'il n'y aurait pas eu de telle perte de valeur et que le prix convenu lors du rachat en décembre 2006 comme celui retenu lors de la vente, en 2007 refléteraient tous les deux la

réalité économique et juridique des opérations respectives. Elle affirme encore que le choix de gestion de remplacer des CPEC le cas échéant rachetables à la valeur de marché des actions sous-jacentes par des « *floating rate notes* » portant un intérêt fixe, aurait été connu et approuvé par le bureau d'imposition dans le cadre de la décision anticipative du 7 mars 2007. Enfin, elle conteste toute pertinence au motif de la décision directoriale tiré du fait que le remboursement des CPEC aurait permis aux investisseurs de s'enrichir, la société ..., outre d'expliquer que toute situation où une entité subit une charge comptable en raison du fait qu'elle est le débiteur d'un paiement profitant à un créancier permettrait de ce fait-là au créancier du revenu à s'enrichir, expose que le multiple de retour sur investissement des détenteurs de CPEC aurait été de 2,46, ce qui témoignerait certes « *d'une bonne affaire* », mais ne représenterait en aucun cas un chiffre exorbitant.

Finalement, la société ... souligne avoir été confirmée dans son raisonnement par le tribunal de commerce dans le cadre du jugement commercial prononcé le 23 décembre 2015.

Le délégué du gouvernement demande le rejet de la demande au motif que les conditions légales pour l'obtention d'un sursis à exécution, à savoir des moyens sérieux et un risque de préjudice grave et définitif, ne seraient pas remplies en l'espèce.

Il insiste en particulier sur le fait que la valeur de rachat de 35,82 euros par CPEC telle que retenue pour l'opération litigieuse aurait été déterminée « à rebours » de façon à faire remonter aux investisseurs un montant pré-déterminé par eux, l'évaluation de 35,82 euros par CPEC n'étant de l'avis du fisc pas justifiée objectivement ; par ailleurs, le rachat serait intervenu alors même que la société ... n'aurait pas eu suffisamment de fonds propres, de sorte qu'elle aurait dû se financer auprès des tiers pour réunir la somme de 978.659.712 euros : en d'autres termes, il considère que cette opération aurait en fait consistée en une distribution de presque un milliard d'euros obtenus par emprunt sur les marchés au prétexte du rachat de CPEC dont la valeur de rachat était 35 fois leur valeur réelle. Partant, un impôt à hauteur de 189.256.922 aurait été éludé, l'administration des Contributions directes ayant fixé la surévaluation à 946.284.610.- euros.

La partie étatique relève ensuite, quant au jugement du tribunal de commerce invoqué par la société ..., que ce ne serait pas parce que le tribunal de commerce aurait considéré qu'il n'y aurait pas eu de violation des *terms & conditions* des CPEC que cette opération devrait *ipso facto* être considérée comme ayant été réalisée en conformité au principe de pleine concurrence (« *at arm's length* »), à savoir que la valeur de rachat aurait été déterminée objectivement, la partie étatique soulignant qu'une opération contractuellement licite pourrait faire l'objet d'une autre appréciation économique par les services fiscaux dans le but de procéder à une taxation conforme.

Or, ce serait précisément la prise de connaissance par les services de l'administration des Contributions directes, résultant des assignations commerciales lancées par les liquidateurs de ... à l'encontre de la société ..., afin de faire annuler l'opération de rachat de 27.321.600 CEPC et de faire rembourser le prix du rachat de 978.659.712 euros, du caractère qualifié d'« *aberrant* » du prix de rachat des CPEC à 35,82 euros pièce, et ce en violation des termes de la décision anticipative mentionnant que le rachat avait été fait « *at arms' length* », c'est-à-dire dans des conditions de pleine concurrence, qui constituerait en l'espèce les faits nouveaux au sens du paragraphe 222 AO.

Le délégué du gouvernement précise encore qu'il serait manifeste que la valorisation

des CPEC à hauteur 35,82 euros serait aberrante et serait à mettre en perspective avec leur valeur nominale lors de l'émission à la date du 15 juin 2005, à savoir 1 euros par CPEC, ce prix nominal ayant aussi été celui de leur vente le 6 février 2007 à un tiers, de sorte que la valeur unitaire nominale des CPEC serait tombée en 47 jours de 35,82 euros à 1 euro.

En vertu de l'article 11 (2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, le sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux. Le sursis est rejeté si l'affaire est en état d'être plaidée et décidée à brève échéance.

L'affaire au fond ayant été introduite le 18 février 2016 et compte tenu des délais légaux d'instruction fixés par la loi modifiée du 21 juin 1999 précitée, l'affaire ne saurait être considérée comme pouvant être plaidée à brève échéance.

En ce qui concerne le préjudice grave et définitif, il convient de rappeler que l'existence du préjudice allégué, sa gravité et son caractère difficilement réparable doivent s'apprécier au cas par cas, sur le vu de l'exposé du demandeur d'une mesure provisoire, ensemble les pièces justificatives produites par celui-ci¹.

Si un préjudice de nature essentiellement pécuniaire n'est pas, en soi, grave et difficilement réparable, pour être, en principe, compensable par l'allocation de dommages et intérêts, il en est différemment lorsque le demandeur établit l'existence d'une circonstance particulière rendant le préjudice pécuniaire grave ou difficilement réparable.

A cet égard, force est au soussigné de constater que la dette d'impôt consacrée en l'espèce par la décision directoriale déferée, revêt, de par son ampleur, par les capacités financières propres à la requérante, et par les conséquences irrémédiables sur sa (sur)vie sociale, le caractère d'un préjudice non seulement grave, mais encore définitif, le paiement de la somme due risquant en effet non seulement de perturber de manière irrémédiable la situation financière du contribuable, mais encore d'entraîner sa faillite pour cessation de paiements, de sorte que la société ... est concrètement menacée en son existence même ; partant même en cas de gain de cause devant le juge du fond et de restitution des sommes payées indûment, cette situation ne peut être rétablie que difficilement, voire pas du tout².

En ce qui concerne les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision, le juge appelé à en apprécier le caractère sérieux ne saurait les analyser et discuter à fond, sous peine de porter préjudice au principal et de se retrouver, à tort, dans le rôle du juge du fond. Il doit se borner à se livrer à un examen sommaire du mérite des moyens présentés, et accorder le sursis, respectivement la mesure de sauvegarde lorsqu'il paraît, en l'état de l'instruction, de nature à pouvoir entraîner l'annulation ou la réformation de la décision critiquée, étant rappelé que comme le sursis d'exécution, respectivement l'institution d'une mesure de sauvegarde doit rester une procédure exceptionnelle, puisque qu'ils constituent une dérogation apportée aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office des décisions administratives, les conditions permettant d'y accéder doivent être

1 Trib. adm. prés. 16 mai 2012, n° 30478, Pas. adm. 2015, V° Procédure contentieuse, n° 518.

2 Voir trib. adm. prés. 22 janvier 2004, n° 17462, Pas. adm. 2015, V° Procédure contentieuse, n° 614.

appliquées de manière sévère.

L'exigence tirée du caractère sérieux des moyens invoqués appelle le juge administratif à examiner et à apprécier, au vu des pièces du dossier et compte tenu du stade de l'instruction, les chances de succès du recours au fond. Pour que la condition soit respectée, le juge doit arriver à la conclusion que le recours au fond présente de sérieuses chances de succès.

Ainsi, le juge du référé est appelé, d'une part, à procéder à une appréciation de l'instant au vu des éléments qui lui ont été soumis par les parties à l'instance, cette appréciation étant susceptible de changer par la suite en fonction de l'instruction de l'affaire et, d'autre part, non pas à se prononcer sur le bien-fondé des moyens, mais à vérifier, après une analyse nécessairement sommaire des moyens et des arguments présentés, si un des moyens soulevés par le demandeur apparaît comme étant de nature à justifier avec une probabilité suffisante l'annulation ou la réformation de la décision critiquée, étant rappelé que comme le sursis d'exécution doit rester une procédure exceptionnelle, puisque qu'il constitue une dérogation apportée aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office des décisions administratives, les conditions permettant d'y accéder doivent être appliquées de manière sévère.

L'exigence tirée du caractère sérieux des moyens invoqués appelle le juge administratif à examiner et à apprécier, au vu des pièces du dossier et compte tenu du stade de l'instruction, les chances de succès du recours au fond. Pour que la condition soit respectée, le juge doit arriver à la conclusion que le recours au fond présente de sérieuses chances de succès. Il s'ensuit que, face à une situation où le caractère sérieux des moyens soulevés au fond n'apparaît pas comme étant évident à première lecture, le juge du référé ne peut pas admettre que les moyens en question sont suffisamment sérieux pour justifier une mesure provisoire : en d'autres termes, les moyens doivent offrir une apparence de droit suffisante ou un degré de vraisemblance tel que l'on peut nourrir des doutes importants quant à la légalité de l'acte³. Toutefois, il ne saurait être admis que lorsque l'évaluation du caractère fondé des moyens proposés à l'appui d'une demande de suspension ou d'institution d'une mesure de sauvegarde nécessite un examen poussé non différent de celui auquel il devra être procédé dans le cadre de la procédure au fond, le juge du référé ne pourrait pas admettre que lesdits moyens sont sérieux, puisqu'un tel raisonnement aboutirait à exclure d'office du champ des référés tout recours qui susciterait des questions juridiques complexes, ce qui viderait la protection juridictionnelle d'une partie de sa substance⁴.

En l'espèce, force est de constater que la société demanderesse produit au fond essentiellement un double moyen, à savoir, d'une part, un moyen reposant sur l'affirmation de l'absence de faits nouveaux au sens du paragraphe 222 AO, et, d'autre part et consécutivement, sur l'affirmation de l'absence de renversement valable de la charge de la preuve quant à l'existence d'une distribution cachée en premier lieu, respectivement la contestation de l'absence de toute distribution cachée de bénéfices en second lieu, ce second moyen ne devant donner lieu à un examen sommaire que si le soussigné devait écarter provisoirement le premier moyen pour défaut de caractère sérieux.

En ce qui concerne le premier moyen, si le paragraphe 222, alinéa premier AO

3 Jean-Paul Lagasse, *Le référé administratif*, 1992, p.48.

4 Rusen Ergec et Francis Delaporte, *Contentieux administratif luxembourgeois*, Pas. adm. 2015, p.77.

dispose que : « *Hat bei Steuern, bei denen die Verjährungsfrist mehr als ein Jahr beträgt, das Finanzamt nach Prüfung des Sachverhalts einen besonderen, im Gesetz selber vorgesehenen schriftlichen Bescheid (Steuerbescheid, Steuermessbescheid, Freistellungsbescheid oder Feststellungsbescheid) erteilt, so findet, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, eine Aenderung des Bescheids (eine Berichtigungsveranlagung oder eine Berichtigungsfeststellung) nur statt : 1. Wenn neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die eine höhere Veranlagung rechtfertigen, und die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist; 2. Wenn durch eine Betriebsprüfung vor dem Ablauf der Verjährungsfrist neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die eine niedrigere Veranlagung rechtfertigen ...; 4. Wenn bei einer Nachprüfung durch die Aufsichtsbehörde vor dem Ablauf der Verjährungsfrist Fehler aufgedeckt werden, deren Berichtigung eine niedrigere Veranlagung rechtfertigt* », il semble résulter de la jurisprudence, telle qu'illustrée par la société ..., que les dispositions du paragraphe 222 AO constituent une exception à l'autorité de chose décidée des bulletins d'imposition par rapport auxquels elles seraient appelées à opérer et sont dès lors à ce titre d'application stricte ; il semble encore résulter des décisions de justice luxembourgeoises citées par la société ... à l'appui de son recours au fond que la jurisprudence exige, dans l'hypothèse plus particulièrement visée au point 1 de l'alinéa (1), à savoir celle où une rectification du bulletin d'imposition initial est envisageable suite à l'apparition de faits ou de moyens de preuve nouveaux (« *neue Tatsachen oder Beweismittel* ») justifiant une augmentation de la cote d'impôt, qu'il doive s'agir, d'une part, d'éléments factuels avérés, et, d'autre part, d'éléments que l'administration des Contributions directes ignorait auparavant, étant rappelé qu'une jurisprudence bien établie des juridictions du fond étayant le moyen est un solide indice de son caractère sérieux⁵.

Ce constat, provisoire, est encore corroboré par la doctrine et jurisprudence allemandes citées par la société ..., dont il résulte, *a priori*, que la notion de « *neue Tatsachen* » véhicule, d'une part, la nécessité que l'élément invoqué par l'administration des Contributions directes pour justifier la rectification d'un bulletin d'imposition initiale constitue un fait constaté avec certitude, et, d'autre part, la nécessité qu'il s'agisse d'un fait fiscalement pertinent.

En l'espèce, il résulte de la motivation de la décision directoriale déférée que « *l'instruction au bureau d'imposition a révélé qu'au cours de l'année 2011 la réclamante, ainsi qu'une société dénommée « ... » et six personnes physiques ont été assignées en justice par les liquidateurs d'une société dénommée « ... s.c.a » afin de faire annuler l'opération de rachat de 27.321.600 instruments financiers appelés « Convertible Preferred Equity Certificates » et de faire rembourser le prix du rachat de 978.659.712 euros ; que le bureau d'imposition est dès lors au plus tôt parvenu à prendre connaissance en 2011, i.e. plus de deux années après l'émission des bulletins d'impôts de l'année 2006 des faits que le prix de rachat de 978.659.712 euros dans le chef de ladite opération de rachat d'instruments financiers ne correspondrait pas à la réalité économique* », de sorte que les « *neue Tatsachen oder Beweismittel* » sont à première vue à rechercher dans lesdites assignations en justice.

Or, le soussigné relève que l'argumentation de la société demanderesse n'est à cet égard pas dénué de tout fondement ; bien au contraire, son raisonnement, consistant à soutenir qu'une assignation en justice ne constitue pas, au de-delà de son existence matérielle et juridique, par définition, un fait avéré, puisqu'une assignation en justice ne

⁵ Trib. adm. prés. 20 juin 2003, n° 16581; trib. adm. prés. 5 juillet 2005, n° 20035.

contient que des reproches à l'encontre du défendeur et non pas des faits établis ou avérés, mais uniquement une prétention devant encore être avalisée par la justice, la doctrine allemande citée à cet égard par la société ... (« *Vermutungen, Mutmaßungen, Erwartungen und Verdachtsmomente sind keine Tatsachen (...). Sie sind Annahmen eines vorgestellten, jedoch nicht mit Gewissheit eingetretenen Sachverhalts* » et « *keine Tatsachen im Sinne des §222 Abs. 1 AO sind Schlussfolgerungen aller Art, insbesondere juristische Subsumtionen* ») paraissant particulièrement pertinente.

Dans la mesure où la décision directoriale ne reposerait toutefois pas sur les prétentions des assignations en justice, mais sur l'exposé des faits y contenus, le soussigné constate, au terme d'une analyse nécessairement sommaire et superficielle, que la partie factuelle appelée « *antécédents* » dans ces assignations en justice semble se recouper avec l'exposé des faits tel que contenu dans les décisions anticipatives, ainsi qualifiées, une comparaison sommaire des pièces communiquées en cause, à savoir les décisions anticipatives et en particulier leurs passages pertinents tels que soulignés par la société ... dans le recours en réformation, sinon en annulation, avec les faits indiqués dans les assignations en justice, ne permettant pas de déceler, de manière évidente et manifeste, de différences fondamentales et manifestes qui justifieraient l'invocation de « *faits nouveaux* ».

A cet égard, le soussigné relève que le « *redemption agreement* » du 21 décembre 2006 ainsi que, manifestement, les *terms & conditions* des CPEC, explicitement mentionnés dans le prédit contrat de rachat, étaient apparemment antérieurement connus de l'administration des Contributions directes, respectivement du préposé ayant validé les décisions anticipatives.

Le soussigné relève encore que l'itérative référence faite par le directeur dans la décision *a quo* au « *dossier fiscal* » de la société ... ne paraît pas sérieusement pouvoir justifier *per se* l'existence de « *faits nouveaux* », le dossier fiscal ne contenant *a priori* et par définition que des éléments dont l'administration des Contributions directes avait nécessairement connaissance.

Il est vrai que la partie étatique a précisé lors des plaidoiries dans le cadre du présent recours que les faits nouveaux ne consisteraient pas en ces assignations commerciales en leur globalité, mais dans la prise de connaissance par le bureau compétent, à l'étude de ces assignations, du fait que le prix de rachat de 978.659.712 euros dans le chef de ladite opération de rachat des CPEC ne correspondait pas à la réalité économique, de sorte qu'il aurait valablement pu émettre des bulletins rectificatifs sur base du paragraphe 222 (1) AO, le délégué du gouvernement soulignant que la décision anticipative du 7 mars 2007 avait avalisé le « *redemption agreement* » dans la mesure où le rachat visé avait été fait « *at arms' length* » dans des conditions de pleine concurrence (« *the arm's length redemption proceeds paid on 21 december 2006 to the holders of IFCPECs and PECS will not be reclassified as dividends, hidden profit distributions or any similar transaactrions and will not be subject to the Luxembourg withholding tax on income from capital* »), ce qui, au vu de ces assignations commerciales, serait apparu comme n'ayant pas été le cas.

Le soussigné se doit toutefois de constater, dans la lignée des explications de la société ..., que lesdites assignations en justice, indiquées par le directeur comme constituant, sinon comme étant à la source, des « *faits nouveaux* », ont été à première vue rejetées par le jugement du tribunal du commerce de et à Luxembourg du 23 décembre 20015, n° 145724 et 145725 du rôle.

Si certes, comme relevé par la partie étatique, le tribunal de commerce a considéré qu'il n'y avait pas eu de violation des *terms & conditions*, ce qui toutefois n'impliquerait pas que l'opération de rachat aurait été effectuée en conformité du principe de pleine concurrence, le soussigné note toutefois que le tribunal de commerce, à travers son jugement, ne semble pas, aux termes d'une analyse nécessairement sommaire de la part du soussigné, s'être contenté à entériner le rachat d'un strict point de vue contractuel ; il semblerait plutôt que ledit jugement ait encore rejeté les critiques des liquidateurs selon lesquelles la fixation de la valeur de rachat à hauteur de 35,82 euros aurait été fixée arbitrairement sans fondement économique, le tribunal semblant avoir confirmé que la valeur de rachat aurait été déterminée selon la valeur de marché (pages 37 et 38 du jugement), le tribunal de commerce concluant apparemment à ce que le prix de rachat aurait été conforme à la « *market value* », valeur apparemment explicitement prévue par les *terms & condition*, dont l'administration des Contributions directes aurait eu connaissance dans le cadre des décisions anticipatives.

Le soussigné relève encore, toujours au terme d'une lecture superficielle du jugement commercial, que le tribunal de commerce semble également avoir écarté toute fraude ou opération illicite, tout en rejetant l'argument des liquidateurs selon lequel le prix de rachat n'aurait pas été fixé objectivement, « *at arm's length* », mais compte tenu de l'exigence des bénéficiaires de l'argent du rachat des CPEC, de sorte à constituer une « *équation à l'envers* » destinée à déterminer le prix de rachat, le tribunal de commerce ayant au contraire noté que les valeurs retenues pour déterminer la valeur de rachat des CPEC reposeraient sur des chiffres objectivement vérifiables, dont notamment la « *entreprise value* », elle-même considérée par le tribunal de commerce comme « *loin d'être arbitraire* » (page 40 du jugement).

Il s'ensuit qu'*a priori* une analyse sommaire de ce jugement permet de retenir, à l'instar des explications de la société ..., que ledit jugement a débouté les liquidateurs de leurs prétentions tirées notamment d'une valeur surfaite des CPEC, les liquidateurs ayant en effet dénoncé la valeur de rachat à hauteur de 35,82 euros par CPEC aboutissant au paiement d'une prime de 24,82 euros pour chaque titre comme très largement surfaite ; plus généralement, ledit jugement a rejeté les critiques des liquidateurs relatives à une fixation arbitraire du prix de rachat.

Aussi, ce premier moyen tiré d'une mauvaise, voire erronée application du paragraphe 222 (1) AO apparaît, au stade actuel de l'instruction du litige, comme suffisamment sérieux pour ne pas exclure *a priori* un succès du recours introduit au fond - le caractère sérieux n'impliquant pas toutefois pour autant que ces moyens soient fondés - que les juges du fond, au vu de la conception restrictive des « *neue Tatsachen oder Beweismittel* » se dégageant de la doctrine et de la jurisprudence telles que citées, soient amenés à considérer que le directeur a retenu à tort les faits et prétentions découlant des deux assignations en justice comme justifiant une rectification des bulletins d'imposition initiaux, de sorte à réformer sa décision.

La dernière condition légale pour justifier la mesure provisoire sollicitée est donc également vérifiée, sans qu'il y ait encore lieu à examiner les mérites du second moyen de réformation soulevé, respectivement des ripostes y opposées, l'examen en question apparaissant superflu.

Il suit des considérations qui précèdent qu'il y a lieu de faire droit à la mesure provisoire sollicitée.

Par ces motifs,

le soussigné, président du tribunal administratif, statuant contradictoirement et en audience publique,

déclare la requête en institution d'une mesure provisoire recevable et justifiée;

partant dit qu'il sera sursis à l'exécution de la décision du directeur de l'administration des Contributions Directes du 14 janvier 2016, référencée sous le numéro de rôle C 21188, et portant rejet de la réclamation introduite par la société à responsabilité limitée ...S.à r.l. jusqu'au jour où le tribunal administratif aura statué sur le mérite du recours au fond introduit sous le numéro 37534 du rôle ;

réserve les frais.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 29 février 2016 par Marc Sünner, président du tribunal administratif, en présence du greffier Arny Schmit.

s. Arny Schmit

s. Marc Sünner

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 29 février 2016
Le greffier du tribunal administratif